DISSERTATIO INAVGVRALIS JVRIDICA

DE DIVERSA FVRTI SECVNDVM JVS CIVILE ET GERMANICVM IDEA,

QVAM

CONSENTIENTE

ILLVSTRI JCTORVM ORDINE

IN ACADEMIA ERFORDIENSI,

PRÆSIDE

DN. TOBIA JAC. REINHARTH,

JCTO, COM. PALAT. CÆS. JVRID. FACVLT. ASSESSORE, ET CODIC. PROF. PVBL. ORD. NEC NON CIVITATIS SYNDICO ET CONSVLE,



IN AVDITORIO JCTORVM MAJORE

PRO GRADV ET PRIVILEGIIS DOCTORIS

PLACIDÆ ERVDITORVM VENTILATIONI SVBMITTIT

GOTTFR. REINHARD SCHOLZ,

SERENISSIMO DVCI SAXO-QVERFVRTENSI A COMMISSIONVM CONSILIIS.

DIE XVIII. JVLII M DCC XXIX.

ERFORDIÆ,
Litteris GROSCHIANIS, Acad. Typogr.

CONSPECTVS DISSERTATIONIS.

Constitutio Caroli V. Cæsaris de hoc furto, §. XV.

Pœna ejus extraordinaria est, etiam in Saxonia, quod confirmatur exemplo criminis de residuis, ut & nuntii furis, §. XVI.

Pœna illa extraordinaria ab arbitrio judicis pendet regulariter, nisi princeps determinaverit certam, §. XVII.

An Constitutio Saxonica 41. part. 4. de solo crimine de residuis intelligenda sit, an etiam de perfidia privatorum erga se invicem? Videtur primo intuitu posterius verum, §. XVIII.

Ast rectius nihilominus asseri videtur prius, §. XIX.

Id quod illustratur exemplis, §. XX. XXI.

(o)

§. I. Cum



§. I.



Um pœnas delictis modo rigidiores, modo mitiores, ſtatuere jubeat legislatoris juſti & prudentis officium, prout unumquodque delictum vel magis vel minus frequens, & reipublicæ noxium eſt; judex vero pœnam unamquamque cuicunque delicto lege publica ſtatutam decernere nequeat, niſi certo conſtet, factum, quod reus perpetravit, eſſe id ipſum delictum, cui illa pœna lege dictitata eſt: prudentiæ legislatoriæ erit, non ſolum pœnas ſancire gravitati cujusque delicti juſta proportione reſpondentes, ſed & unumquodque delictum, cui irrogari hæc vel illa pœna debeat, certo & liquido ſatis determinare.

§. II.

Omnis pœna humana eſt Juris poſitivi humani. Etſi enim delicta eſſe punienda, Jure divino præceptum eſt: quonam tamen pœnarum genere in quodvis delictum animadvertendum ſit, Jus divinum, univer-

ver-

versale nempe, neutiquam definit, sed id pro diversitate partim detrimenti ex quovis delicto reipublicæ imminentis, quod modo majus modo minus esse potest, partim morum gentium, diverso pruritu in diversa delicta pronarum, prudentiæ legislatoriæ humanæ definiendum reliquit. Unde cum (per §. 1.) ei, qui pœnam delicto statuit, incumbat, ipsum delictum, cui ea pœna irrogari debeat, certo & liquido determinare; omnem vero pœnam, uti dictum, jus humanum statuat: omnis uniuscujusque delicti determinatio vel definitio, quam sequi in foro criminali fas sit, â Jure humano dependebit. Et quoniam Jus humanum variat pro diversitate rerumpublicarum: sequitur varias etiam pro eadem diversitate esse posse & solere, & pœnas, & delictorum determinationes secundum requisita essentialia, quæ in unoquoque adesse debeant, adeo, ut sæpiuscule unius ejusdemque delicti idea in una republica modo latius pateat, modo strictius contineatur, quam in altera.

§. III.

Exemplo nobis esto crimen furti, quod Jus Romanorum Civile ad delictorum privatorum censum refert, quibus directe non tam rempublicam, quam cives singulos, lædi supponit, quæque adeo dictum Jus non judicio publico pœnaque publica, sed actione civili & privata, ad pœnam pecuniariam læso â reo persolvendam tendente vindicat. Tantilla itaque cum esset Romanorum in furti crimen animadversio: in tantam sane latitudinem definitionem ejus extenderunt, ut omnem fere dolum in contractibus, ex quibus

bus res alterius penes alterum est, comprehenderet. Ita enim furtum definiverunt, quod sit contrectatio fraudulosa vel ipsius rei alienæ, vel etiam usus ejus, possessionisve, lucri faciendi gratia, *§. 1. J. de obligat. quæ ex delict. l. 1. §. 3. ff. de furt.*

§. IV.

Furtum ergo dixerunt, quamcunque dolosam rei alienæ contrectationem; & per rem alienam non solum eam intellexerunt, quæ in alterius, læsi nempe, dominio sit, sed & in qua læsus quodcunque aliud jus in re habeat. Sic cum creditori in pignore competat jus in re: non solum tertius, sed & ipse debitor, pignus surripiendo furtum Jure Civili committit, *l. 12. §. 2. l. 19. §. 5. ff. de furt.* Pari ratione cum possessori bonæ fidei jus possessionis competat: quicunque ipsi rem, utut nondum usucaptam, bona tamen fide interim possessam dolose abstulerit, si vel maxime ipse rei dominus id fecerit, furti tenetur, *l. 20. §. 1. ff. Eod.* Quin & intuitu juris ad rem ex contractu resultantis, furti actio unicuique competit, cujus interest, respectu juris ad rem quod habet, rem salvam esse, licet nec dominium, nec aliud jus in re ipsi competat, *§. 13. J. de Obl. quæ ex delicto.* quemadmodum commodatario, quatenus de re commodata furto ipsi ablata, restituenda tenetur, actio furti competit, *§. 16. J. Eod.* & quidem plane etiam contra ipsum commodantem, si commodatarius necessarias in rem fecerit impensas, & commodans his non restitutis rem dolose surripuerit commodatario, *l. 15. §. 5. ff. de furt.* Et hoc ipsum est quod

 frau-

fraudulosam *Possessionis* contrectationem Romani dixerunt in definitione allata.

§. V.

Porro quando furtum dolosam rei alienæ contrectationem dixerunt, per generaliorem illam contrectationis notionem non solum ablationem vel amotionem rei ex possessione alterius intellexerunt, sed &, si res aliena ex quacunque justa causa penes alterum sit, quemcunque ejus contra fidem contractus abusum: quam furti in foro suo speciem Romani in definitione §. 3. allegata, contrectationem *Usus* rei alienæ vocarunt. Sic si creditor pignore, depositarius re deposita utatur, sive commodatarius in alium usum rem commodatam transferat, quam cujus gratia data est, furtum committere dicitur, *§. 6. J. de Obl. quæ ex del. l. 54. pr. §. 1. ff. de furt. l. 7. C. Eod. l. 29. pr. ff. Depos. l. 5. §. 8. ff. Commod.* Cum enim pignus solius securitatis causa tradatur creditori, depositum solius custodiæ causa depositario; creditorem si pignore, & depositarium si deposito quomodocunque utatur, *illius ipsius usus* furtum committere Romani crediderunt. Eadem ratione si ad certum usum quis alteri rem suam commodaverit, vel locaverit, & commodatarius vel conductor ad alium usum eam applicet, *illius ipsius usus* furtum facit.

§. VI.

Nec sane suis, iisque satis solidis, rationibus Romani destituti sunt, ob quas in tantam latitudinem furti definitionem in foro suo extenderent. Cum enim,

enim, uti supra §. 3. jam præmonuimus, Romanis placeret, furtum tanquam delictum privatum considerare, magisque ad damnum læso illatum, ejusque reparationem, & periculi quod passus erat compensationem, quam ad detrimentum securitatis publicæ, ejusque turbatæ vindictam publicam respicere, parum sane interesse videbatur, quonam fraudulosæ rei suæ contrectationis genere læsus damnum pateretur, an ablatione rei, sive in dominio, sive in possessione ejus existentis, an contrectatione usus, animo lucrifaciendi, invito læso commissa; cum si solam indemnitatem pœnamque privatam, læso à lædente præstandam, cum Romanis potissimum respicias, eadem omnibus his casibus sit ratio, & damni læso reparandi, & dolosi lucrum ex re aliena invito domino captandi propositi, sive quidem ipsius rei, sive possessionis, sive usus cujusdam contrectatione id fiat. Ipsa enim dupli vel quadrupli pœna privata, lege Romana statuta, non alium finem, quam privatum respiciebat, cum duplum illud vel quadruplum, actione furti impetrandum, in emolumentum læsi cederet, in compensationem nempe periculi, quod furtiva rei suæ contrectatione passus erat.

§. VII.

Longe aliter furti crimen Germani in foris suis consideraverunt. Cum enim Romani in republica sua, uti patet ex hactenus dictis, eo maxime respexerint, ut læso satisfieret, & furtum hoc ipso respectu delictum privatum esse jusserint, quod læsus actione furti

ti

ti, pœnali quidem, privata tamen & civili, persequi debeat: Germani è contrario satisfactionem privatam læso debitam secundario tantum, primario vero publicam securitatis publicæ tuitionem ac vindictam respexisse videntur. Etenim securitatis publicæ, subditis in bene constituta republica legibus & pœnis asserendæ, ratio manifeste requirit, ut unusquisque non solum intuitu vitæ, membrorumque corporis, sed maxime etiam intuitu bonorum suorum, tutus præstetur. Huic tanto bono publico non solum turbæ, & seditiosæ secessiones, sed & latronum invasiones violentæ, furumque insidiæ & artes, quotidianum periculum maximumque detrimentum minantur; quorum nequitia pœnis saltem privatis pecuniariis, ad læsorum indemnitatem & satisfactionem compositis, satis coërceri minime posse visa est; maxime cum vix raro aliquis ex istis nebulonibus tantum in bonis habeat, ut debitam læso indemnitatem præstare possit. Ergo cum publicum securitatis publicæ bonum utilitati privatæ læsi merito anteponendum sit: furtum in criminum publicorum censum referre Germani merito maluerunt, quorum persecutio primario ad perferendam pœnam publicam & exemplum tendit: den Dieb soll man hencken &c. Land-Recht *l. 2. art. 13.* pro furti quidem qualitate & quantitate, *Ord. Crim.* CAROL. *art. 160. 162. Const. El. Sax. 32. p. 4.* in tantum ut hæredes furis suspensi, ne quidem condictione furtiva ad æstimationem rei furtivæ non amplius extantis, sed consumtæ, læso teneantur; CARPZ. *Const. 32. P. 4. def. 23.* secundum regulam Juris Germanici vulgatam in *Glossa* ad

Land-

Land-Recht *l. 2. art. 35*. Mit dem Tode wettet man dem Richter/ und büsset dem Kläger.

§. VIII.

Enim vero non omnem indemnitatis læſo debitæ curam neglexerunt Germanorum mores. Quod ſi enim vel fur rem furto ablatam reſtituere læſo poſſit, vel læſus damnum ſibi datum furi remiſerit, aut cum illo eo nomine transegerit, laquei pœnam judex merito mitigat & remittit, CARPZ. *Conſt. 32. p. 4. def. 6. 7. & 18.* maxime cum & ipſe Imperator *Ord. Crim. art. 160.* in irroganda furi ultimi ſupplicii pœna conſiderare inter alia jubeat. Wie ſchädlich dem beſchädigten der Diebſtahl ſeyn mag. Nihilominus conſideratio illa indemnitatis privatæ ſecundaria tantum eſt, nec qualitatem criminis publici, pœna publica coërcendi, qui nempe finis principalis eſt, tollit: cum nihilominus pœna fuſtigationis & relegationis decerni iis caſibus debeat. Eadem fere ratione, utut in foro Romano furtum pro delicto privato haberetur, & ejus adeo perſecutio principaliter ad ſatisfactionem læſi privatam tenderet: non tamen ideo boni publici reſpectum plane negligebant Romani, ſed ſi qua occurrebat furti ſpecies ſecuritatem vel utilitatem publicam maxime turbans, ex delictorum privatorum cenſu ad criminum publicorum publicis judiciis vindicandorum, vel ſaltem ad criminum extraordinariorum claſſem facinus transferre haud dubitabant; unde tot in criminum publicorum ſerie furtorum peculiari nomine notatorum ſpecies in Jure Romanorum criminali occurrunt, utputa ſacculariorum & directariorum, *l. 7. ff. de Extra-*

B *ord.*

ord. Crim. violatorum ſepulchri, *t. t. ff. de Sepulchr. viol.* Abigeorum *t. t. ff. de Abig.* furum balneariorum, *t. t. ff. de fur. baln.* effractorum & expilatorum, *t. t. ff. d. Effractor. & expil.* peculatus, *t. t. ff. ad L. Jul. pecul.* criminis de reſiduis, *l. 2. ff. Eod.* ut adeo ea maxime Jus Romanorum inter & Germanorum intercedere differentia videatur, quod Romani furtum regulariter & primario pro delicto habuerint privato, extra ordinem vero, ſecundario, aut per modum quandoque exceptionis, etiam pro publico vel ſaltem extraordinario: Germani e contrario idem regulariter accenſere maluerint criminibus publicis, ſecundario tamen etiam indemnitatis privatæ rationem non prorſus negligere juſſerint.

§. IX.

Tanta ergo cum appareat in utraque gente, Romanorum nempe & Germanorum, Juris criminalis circa furtum diverſitas, ut ſcilicet Romani in ſua republica furtum regulariter tanquam delictum privatum conſiderarent, furemque adeo in pœnam pecuniariam læſo rependendam condemnarent; Germani contra in furtum, tanquam crimen publicum, primario pœna publica, laquei, fuſtigationis, relegationis, carceris, animadvertere ſeveriſſime ſoleant; & dicto Romanorum inſtituto, quo de ſola fere ſatisfactione privata læſo præſtanda ſolliciti erant, factum ſit, ut ideam furti in tantam illam, quam §. 3. 4. 5. 6. ex Jure Romanorum Civili docuimus, latitudinem extenderent, ut omnem fere dolum in contractibus, quacunque fere illicita rei ex contractu penes alterum exiſtentis, vel ejus poſſeſſionis, vel ſaltem uſus, contrectatione ſeſe

ex-

exferentem comprehenderent: quilibet facile judicabit, latissimam illam Juris Civilis Romani de furti crimine ideam ac definitionem male admodum ad forum criminale Germanorum transferri, adeoque iniquissime postulare eos, qui legibus ex Jure Civili perfunctorie conquisitis, quæ secundum ea, quæ hactenus docuimus, cum grano salis intelligi debebant, quamcunque rerum alienarum, aut earum possessionis, vel usus, contrectationem furti statim & præcipitanter insimulantes, actionem statim criminalem & processum inquisitorium intentant & sollicitant. Et optime sane, utut circa aliam quæstionem, monet CARPZ. *Const. 32. p. 4. def. 23.* Sapienter jam dudum animadvertisse JCtos Saxonicos in *Consult. Const. Sax. tom. I. part. 4. qu. 56.* Das gemeine Recht (puta Jus Civile Romanum) müsse nicht alle wege in materia furti angesehen/ und in acht genommen werden/ in quo nunc sæpe graviter & imperite peccetur, denn die gemeine Rechte mit Gelde allein den Diebstahl straffen.

§. X.

Ex hoc itaque fundamento primo quidem manifestum est, contrectationem quantumvis fraudulosam, non ipsius rei, sed solius usus aut possessionis, ipsum contrectantem Jure Criminali Germanorum furti reum haud facere, & Jus adeo patrium hoc in passu præ extraneis Romanorum legibus in foris nostris prævaluisse. Sola enim usus aut possessionis contrectatio, qua non ipsa res sua læso aufertur, sed re domino salva damnum solummodo quomodocunque datur, securitatem publicam non turbat, quam solam tanto pœ-

narum capitalium rigore tueri voluerunt Germani; damna vero, citra furtivas rerum alienarum ablationes, quibuscunque aliis dolosis rerum alienarum, ex contractu penes nos existentium contrectationibus data, actione privata & civili, ad dictorum damnorum reparationem tendente, persequi jusserunt. Ita enim Land-R. *l. 3. art. 22.* Wer dem andern leihet sein Pferd oder Kleider / zu bescheidenen Tagen / hält ers über die Zeit / und wird er darum beklaget / er muß es zu Hand wieder geben / und bessern / ob er es geergert hat. Dieberey und Raubes mag er ihn aber nicht gezeihen daran / sintemahl daß ers ihm selber liehe. Unterwinden mag sich auch wohl ein Mann seines Gutes mit recht / daß man ihm mit unrecht vorhält über bescheidene Zeit: qui textus clare probat insignem, quam docuimus, differentiam furti, in foris Germanorum ab eodem in foro Romano, quandoquidem Jure Romano, qui ampliorem rei commodatæ usum, quam qui in contractu determinatus est, sibi indulserit, furti utique tenebatur, uti supra §. 5. demonstravimus. Nec obstat, Jure quoque Civili commodatarium, qui re commodata diutius vel aliter utatur, quam utendam acceperit, furtum non committere, si credat, dominum, si intellexerit, permissurum, cum furtum sine affectu furandi non committatur, *§. 7. J. de Obl. quæ ex del. l. 46. §. 7. l. 76. pr. ff. de furt.* de quo casu forte intellectum vellent textum adductum, si qui sint, dissentientes: Thesi enim, Dieberey und Raubes mag er ihn nicht gezeihen / expressa adjicitur ratio, sintemahl daß ers ihm selber liehe / qua innuitur, ideo in casu adducto commodatarium furtum non committere quia ipsam rem domi-

no invito *haud abstulerit*, sed à volente acceperit, unde & recte glossa addit: Denn was ein Mann mit seinem Willen geloset/ oder von sich lässet/ das stiehlet man ihm nit; quæ ratio æque valet, sive commodatarius, re commodata diutius aut aliter, ac conventum fuerat, utens, crediderit, dominum consensurum esse, nec ne.

§. XI.

Quod de commodato dictum, & lege pariter ac rationibus communitum est, idem ob rationum identitatem & de aliis contractibus intelligendum est, utputa de locatione conductione, de pignore, de deposito. Equidem de deposito aliud primo intuitu disponere videtur *Ordinatio Criminalis Carolina, art. 170.* Welcher mit eines andern Güthern die ihn in gutem Glauben zu behalten und verwahren gegeben seyn/ williger und gefährlicher weiß dem Gläubiger zu Schaden handelt/ solche Missethat ist einem Diebstahl gleich zu straffen. Ast considerandum, cum in genere depositario re deposita uti haud liceat, quia custodiæ, non usus gratia, in commodum deponentis, non depositarii, depositum contrahitur; duplici modo depositarium contra fidem contractus peccare hac ratione posse, dum re custodiæ ipsius commissa vel ita uti potest, ut ipsa res, maxime si non sit fungibilis, nihilominus salva deponenti maneat, & restitui ipsi queat; vel ita, ut & ipsam rem in usus suos vertat aut consumat, nec eam adeo restituere valeat. Utroque quidem modo Jure Civili furtum committitur, *l. 29. pr. ff. l. 3. C. Depos.* priori quidem furtum usus, posteriore vero ipsius rei: ast Jure Germanorum, licet de posteriori casu, furtum eo com-

 mit-

mitti, extraordinarium tamen & improprium; uti ex ſequentibus pateſcet, facile conceſſerim, idemque plane etiam de commodato, locatione, aliisque ſimilibus contractibus admiſerim; priori tamen caſu negandum idem eſſe, & allatum adeo Sanctionis Carolinæ textum de ſolo caſu poſteriori intelligi debere, ex rationibus Juris Germanici §. præced. allegatis manifeſte ſatis liquet.

§. XII.

Sola itaque in idea ſeu definitione furti, Jure Germanorum remanet doloſa contrectatio *ipſius rei* alienæ, invito domino, animo lucri faciendi commiſſa, detractâ doloſâ ſolius uſus vel poſſeſſionis contrectatione, quam Romani quidem ob rationes §. 6. allegatas ad furtum referebant, Germani autem, ob rationes §. 7. 9. 10. comprobatas, â furti notione excluſerunt, ejusque perſecutionem â foro criminali inquiſitorio ad forum Civile actionesque ex contractu inſtituendas ablegarunt. Eſt vero doloſa *ipſius rei* alienæ contrectatio, ſeu brevius furtum rei, (quod furto uſus & poſſeſſionis contradiſtinguebant Romani,) contrectatio rei alienæ talis, qua contrectans eum, cujus intereſt, rem ſalvam eſſe, re ſua (mobili quidem) privat in totum, in ſuosque eandem uſus abripit & convertit, vel convertere ſaltem intendit, (ſi nempe rem furtivam caſu forte vel vi majore amiſerit.) Dico, furto lædi quemcunque, cujus intereſt rem ſalvam eſſe: cum furtum committat non ſolum qui ipſi domino, ſed & qui commodatario, conductori, depoſitario, &c. ad æſtimationem rei non ſatis cuſtoditæ, & hinc furto

to amissae, obligato rem de qua restituenda domino tenetur, amovet aufertque.

§. XIII.

Illa ipsa vero *ipsius rei* alienæ contrectatio, quam solam Germani per hactenus dicta sub furti notione comprehenderunt, duplici porro modo fieri potest. Vel enim fur ex ipsa læsi possessione rem furtivam amovet aufertque: vel is, qui rem alienam ex justa & innoxia causa, v. g. inventionis, vel plane domino volente & consentiente, detinet, v. g. administrator, depositarius, nuntius, &c. eandem invito domino furtim & dolose sibi capit, consumit, & in usus suos convertit. Ubi maxime quæritur, cum priori casu furtum committi dubio careat, an & in quantum idem etiam posteriori casu asserendum sit? Si rem ex antiquioribus Juris Germanici monumentis inquiras, eaque cum recentioribus Constitutionibus attente conferas, deprehendes, proprie quidem & primario crimen furti, pœna nempe ordinaria coërcendum, in primo duntaxat ex dictis duobus rem alienam dolose contrectandi modis, qui scilicet dolosa ablatione rei alienæ ex ipsa læsi possessione fit, consistere: cum hæc sola maxime securitatem publicam turbet, quam tanto pœnarum capitalium rigore defensam voluerunt leges Teutonicæ. Nihilominus cum & altera illa rei ex justa causa penes alterum existentis, dolosa contrectatio in se sic satis furtiva sit: ordinarium quidem illum pœnæ laquei rigorem circa modicam quoque quinque aureorum quantitatem ad furtivas hujus generis contrectationes extendere noluerunt laudatæ Teutonum leges, eo quod

non

non tam publica ſecuritas dictis contrectationibus turbatur, quam fides potius contractuum vel aliud minoris ſæpe momenti officium ſolummodo læditur; pœna tamen ſaltem mitiore alteram iſtam furti ſpeciem, quæ ſine actuali rei ex alterius poſſeſſione ablatione eſt, plectere voluerunt. Quo fundamento nixus furtum tanquam crimen publicum in foris Germaniæ in duas ſpecies dividendum eſſe arbitor, ordinarium nempe, quod fit doloſa rei alienæ ablatione ex poſſeſſione alterius, pœna ordinaria coërcendum; & extraordinarium ſeu improprium, quod reus in re aliena, juſta cauſa & citra ejus ex poſſeſſione alterius ablationem à reo detenta, rem doloſe intervertendo committit, pœna extraordinaria afficiendum.

§. XIV.

De priore ſpecie ſatis notâ plura dicere haud opus eſt. Sola altera ex Juris Germanici conſtitutionibus confirmanda, & ita fundamentum diviſionis noſtræ vere Juridicum demonſtrandum nobis eſt. Et in jure quidem Germanorum priſco duo reperiuntur textus diviſionem hanc egregie confirmantes. Alter in Land-Recht *lib. 2. art. 29.* Wem eines andern Mannes fahrende Habe zufleußt in Waſſer/ der ſoll ſich darzu ziehen/ und ſoll ſie jenem wiedergeben/ der ſoll ihm denn ſeine Koſten geben/ nach guter Leuthe Rath ꝛc. Leugnet ers aber/ ſo man darnach fraget/ ſo iſt er ein Dieb. Und ob mans darnach unter ihm findet/ ſo muß ers wieder geben/ mit Buß und mit Wette, wenn ers dieblich gehalten hat. Keine Dieberey hat er aber erſtlich daran gethan/ die ihm an ſeine Ehre/ oder an ſeinen Leib gehet/ oder an ſeinen geſund/ denn ers nie diebli-

chen

chen noch raublichen aus jenes Gewehren gebracht. Alter Land-Recht *lib. 2. art. 37.* Was ein Mann findet/ verleugnet er das/ ob man darnach fraget/ so ist es diebisch. Und was so ein Mann findet/ oder Dieben/ oder Feinden/ oder Räubern abjaget/ das soll er aufbiethen/ vor seinen nachpauren und vor der Kirchen. Addit glossa: diese Dieberey aber gehet nicht an den Halß/ sondern auf Buß. Ex utroque ergo textu clare liquet, duplicem in eo supponi furti speciem: alteram, quæ sola emendâ & mulcta, mit Buß und mit Wette/ punienda sit; alteram, quæ capitaliter, die dem Diebe an Ehre und Leib oder an den Halß gehe: illam quando reus rem ab initio justa ex causa tenuerit, v. g. inventione, expugnatione ab hostibus vel latronibus, postea vero furtim & dolose eam suppresserit, sibi eam retenturus; hanc vero, quando rem furtiva ablatione ex possessione alterius amoverit, wenn er die Sache dieblichen/ oder raublichen aus des andern Gewehren bracht. Posterior species ea ipsa est, quam furtum ordinarium seu primarium, pœna furti ordinaria plectendum, dixi: prior vero ideam furti, quod extraordinarium sive improprium vocavi, exhibet, quod, uti textus allegati ostendunt, emendâ & mulcta vindicabant mores majorum. Ipse CARPZOVIUS *Const. 41. part. 4. def. 5. improprie* saltem furtum committere dicit officialem perfidum per rerum administrationis suæ in proprios usus conversionem: & in *Praxi Criminali Part. 2. qu. 85. no. 1.* factum hujusmodi non veram, sed fictam tantummodo rerum alienarum contrectationem appellat.

§. XV.

Neque hanc ipsam furtorum differentiam insignem ex oculis dimiserunt Juris Germanici recentioris statores. Jam supra §. II. dixi, constitutionem Caroli V. de depositario, rem fidei & custodiæ suæ commissam furtive contrectante, pœna furti afficiendo, non sine hac ipsa, quam hactenus explicui, distinctione esse intelligendam: eo quod Germani, furta pro diversa eorum quantitate & qualitate modo ultimo supplicio, modo pœnis corporis afflictivis gravissimis ulciscentes, semper non nisi de furtis ordinariis & proprie dictis, quæ uti dictum in ablatione rerum alienarum ex possessione alterius consistunt, istas pœnas voluerint intellectas, ut nempe scelerati, raptu vivere volentes, hincque possessionibus alienis, eoque ipso securitati publicæ subinde infesti, deterreantur â clandestinis pariter & manifestis rerum ab aliis possessarum invasionibus: qui sane finis male quadrat ad qualemcunque rei alienæ ab ipso contrectante bona fide hactenus detentæ contrectationem furtivam, similiorem sane violationi contractus (si v. g. administrator vel depositarius res sibi concreditas contrectaverit) aut transgressioni officiorum humanitatis (si inventor rem inventam suppresserit,) quam furto proprie dicto. Hinc utut insignem hanc, furtoque utique æmulam perfidiam eorum, qui res alienas bona fide ab initio ab ipsis detentas in proprios usus vertunt & consumunt, ut depositariorum, conductorum, molitorum, inventorum, &c. puniri debere, doceant plerique omnes Juris Criminalis periti: in eo tamen etiam merito consentiunt ple-

rique

rique, cessare pœnam ordinariam, quæ nempe quinque solidis Hungaricis læso subtractis, suspendium est, & arbitrariam potius substitui. CARPZ. *Prax. Crim. Part. 2. qu. 85. no. 66. seqq.* Et hac ipsa ratione graviores hujusmodi perfidiæ species, qua quis res alienas, ex possessione alterius non ereptas, sed justa causa detentas, in proprios usus converterit & absumserit, furti quidem latius seu genericè sumti crimine contineri asserui, cum leges Germanorum & antiquæ & novæ idem diserte asserant: peculiarem tamen easdem, eamque extraordinariam furti speciem esse, quippe non pœna ordinaria, sed extra ordinem puniendam, dictis legibus id exigentibus, judicavi: licet non desint, qui rigorosius, & fere indistincte, pœnam ordinariam urserint, seducti legum Romanarum effatis, quæ, prout longe alium in furtis coërcendis finem sibi habebant præfixum, solam nempe satisfactionem læso à fure præstandam, vix ullam, præter furti manifesti, & nec manifesti, furtorum differentiam, pœnarum respectu agnoscebant *§. 5. J. de Obl. quæ ex del.*

§. XVI.

Non tamen id ita intellectum velim, pœnam perfidis rerum alienarum sibi concreditarum, vel ex alia justa causa detentarum contrectatoribus infligendam, nunquam ad mortis usque supplicium adscendere posse: cum id potius proprium sit criminibus, nulla determinata pœna notatis, quæ extra ordinem punienda esse vulgo dicimus, ut pœna varia sit pro circumstantiarum delictum modo gravius modo levius arguentium varietate, quæ reum cujuscunque criminis ex-

traordinarii insigniter scelestum plane ad ultimum condemnare supplicium suadere possunt. Sic & utique in furto in re aliena, justa ex causa hactenus detenta commisso, v. g. â depositario, insignis potest esse diversitas cum intuitu quantitatis depositæ furtive subversæ, quæ adeo ingens esse potest, ut non possit non vel ipsa laquei pœna decerni; tum intuitu personæ, depositarii maxime, ubi quippe ingens differentia est, an ea sit persona publica juramenti fide constricta, an privata. Hac ratione, utut crimen de residuis, quo hi, quorum fidei & administrationi pecunia publica commissa est, eandem dolose retinent, & intercipiunt, mitius punirent Romani, tertia nempe parte residuæ, quam debent, quantitatis, *l. 4. §. 5. ff. ad L. Jul. pecul.* longe aliud tamen merito statutum videas in plerisque Germaniæ territoriis, v. g. in Saxonia *Constit. 41. Part. 4.* ubi quippe furtum administratorum, pecunias vel res fidei & administrationi suæ concreditas in proprios usus convertentium, si centum florenos Misnicos, vel ultra, ex bonis fidei & administrationi ipsorum commissis consumserint, & in proprios usus verterint, pœna laquei; sin florenos quinquaginta ad centum usque, pœna fustigationis & relegationis; sin infra quinquaginta florenos, carcere vel relegatione temporaria, punire jussit legislator: quem ultimum quidem articulum ita partim mutavit, partim auxit Potentissimus Rex & Elector, in Constitutione novissima, d. a. 1705. Von anvertrauten Guthe/ ut si administrator fiscum vel res sibi concreditas fraudaverit ultra florenos triginta, ad quinquaginta usque (exclusive,) relegatione perpe-

tua;

tua; ſin ultra viginti ad triginta usque, relegatione ad decennium; ſin ultra decem ad usque viginti, relegatione ad quinquennium; ſin denique infra decem florenos, carcere puniendus ſit. Eadem ſeveritate in dicta *Conſtitutione Elect*. 24. *p*. 4. nuncio perfido, qui pecunias, quas aliò perferendas acceperit, ſive obſignatas, ſive adnumeratas, doloſe contrectarit, & in ſuos uſus verterit, ſi ad viginti usque florenos quantitas furtive ſubverſa aſſurgat, pœna laquei, ſin infra viginti florenos ſit, pro quantitatis illius minoris diverſitate, modo fuſtigationis, modo relegationis, modo carceris pœna dictata eſt. Quem quidem Conſtitutionis hujus rigorem ad amicum, imo aurigam, qui uterque quippe nuncius haud ſit, extendi minime debere, cenſet BERGERVS *Elect. Juriſpr. Crim. cap*. 2. *no*. 10. *p*. 49.

§. XVII.

Ita ergo fere de furto extraordinario ſeu improprio Jure Germanorum ſtatuendum eſt, puniri illud extra ordinem, regulariter pro arbitrio judicis, penſitatis facinoris circumſtantiis; utputa perſonarum, quæ vel perſonæ publicæ & juramenti religione obſtrictæ eſſe poſſunt, vel privatæ; nec non pro diverſitate rerum, quæ itidem vel publicæ eſſe poſſunt, ut in crimine de reſiduis, vel privatorum bona; porro pro diverſitate quantitatis, iterationis, &c. niſi quidem Conſtitutio Principis expreſſa vel ipſam pœnam furti ordinariam, vel extraordinariam *certam*, determinaverit, & judicis adeo arbitrium, à quo regulariter pœnæ extra ordinem infligendæ dependent, excluſerit; prout uti dictum, in Saxonia factum eſt, intuitu criminis de reſiduis, & nunciorum,

ciorum, pecunias quas aliò transferendas acceperint, furtive contrectantium. In aliis itaque furtorum extraordinariorum speciebus, peculiari Principis sanctione haud notatis, arbitrio judicis pro circumstantiarum varietate pœnæ extra ordinem decernendæ determinatio etiamnum relicta esse censenda est.

§. XVIII.

Illud adhuc de speciali ista Saxonum in crimen de residuis animadversione quæritur, an ea, de solo hoc ipso de residuis crimine intelligenda sit, quod nempe uti dictum, est crimen publicum, quo *pecunia publica* ab eo, cujus fidei ea commissa est, surripitur & in usus proprios convertitur, an etiam ad contractus privatorum, quibus alter pecuniarum rerumque suarum custodiam & administrationem alterius fidei committit, eadem extendenda sit? Posterius suadere videtur, partim rubrica allegatæ Constitutionis Saxonicæ, von anvertrautem Gute/ quæ satis generalis est, & ad utramque rerum alterius fidei & administrationi concreditarum speciem æque applicari posse videtur: partim ipse Constitutionis tenor: Wurde ein Schösser/ Verwalter / Voigt ꝛc. oder ein ieglicher ander/ so zu einem Amt verordnet/ und von unsern/ oder eines andern wegen, Geld/ Korn/ Holtz/ Getreyde/ und anderes aufzuheben und einzunehmen hat / von den Leuthen mehr annehmen denn er berechnet ꝛc. oder dergleichen Veruntrauung und Betrug gebrauchen/ so uns/ oder unsern Unterthanen, oder andern Leuthen zu Nachtheil/ und Schaden gereichet ꝛc. nec non confirmatio hujus ipsius Constitutionis à Potentissimo Rege anno 1705. facta, & superius jam allegata,

qua

qua de iniquis & contra intentionem legislatoris in mitiorem partem contortis interpretationibus, darüber diese schwehre Verbrechen dermassen über hand genommen/ daß so wohl bey unserer Cammer- auch Steuer- und andern Cassen/ als *Privatis*, in kurtzer Zeit viele tonnen Goldes veruntrauet/ und entwendet worden/ severissime conqueritur, & in earum locum interpretationem authenticam sequentis fere tenoris substituit: daß wenn ein Beamter/ Steuer- oder Accis-Einnehmer/ Caßirer rc. oder ein ieglicher/ so zu einem Amte und gewisser Verrichtung, bey welcher er von unsern/ oder eines andern wegen, Geld/ Korn rc. einzunehmen/ zuverwahren/ oder zu administriren hat/ verordnet/ von dem ihm anvertraueten/ etwas unterschlagen rc. oder sonst dergleichen Betrug/ es geschehe auf Maaß und Weise wie es immer wolle/ verüben würde/ so uns oder unsern Unterthanen, oder andern Leuthen, zum Nachtheil und Schaden gereichete rc. Accedit, quod in sequentibus, ubi, restitutionem damni hujusmodi furto dati, â pœna nec laquei nec fustigationis liberare reum debere, edixerat legislator Serenissimus, iterum expresse adjiciat: wohl aber/ wenn er (reus) auch am Leben gestraffet/ oder zur Staupen geschlagen/ und so viel in seinem Vermögen vorhanden/ daß unsere Cassen/ oder die *Privati*, so bestohlen worden, ihre Wiedervergnügung erlangen können/ daraus völlige Erstattung gethan werden. Hæc omnia inquam, evincere primo quidem intuitu videntur, utramque hanc Constitutionem non de solo publico residui crimine, sed & de quibuslibet similibus privatis privatorum erga se invicem perfidiæ speciebus, qua res apud se depositas, sibi locatas, vel admini-

ministrationi suæ commissas, furtive subducant, intelligendam esse.

§. XIX.

Sed, his non obstantibus, & licet meminerim, non defuisse, qui his argumentis nixi actionem criminalem & Processum Inquisitorium, in causis privatorum, ad pœnas dictis Constitutionibus statutas, intentaverint, contrarium nihilominus verius esse sat liquido demonstrari posse putaverim. Etenim utraque Constitutio non solum ejusmodi saltem personarum mentionem facit, quæ in officio publico sunt, & juramenti vinculo illius officii nomine constricti, ne unico quidem in tanto exemplorum expresse allegatorum numero rerum alienarum administratore vel depositario privato, v. g. tutore, institore, depositario, nominato: sed & disertis verbis additur, intelligi debere in officio publico jurisjurandi fide constitutos. Ita enim primo Constitutio Augusti Electoris antiquior: Würde ein Schösser/ Verwalter/ Voigt/ Vorsteher/ Gleitsmann/ Baumeister/ Bauschreiber/ Zöllner/ Förster/ oder ein ieglicher ander/ so zu einem Amt verordnet, rc. Et clarius dein Constitutio Augusti Regis declaratoria: Setzen/ ordnen/ und wollen/ daß wenn in Zukunfft/ ein Beamter/ Steuer- oder Accis-Einnehmer/ Caßierer/ Schösser/ Verwalter/ Schichtmeister/ oder anderer Bergbedienter/ Bergmann/ Voigt/ Vorsteher/ Gleitsmann/ Baumeister/ Bauschreiber/ Zöllner/ Förster/ oder ein ieglicher/ so zu einem Amte oder gewisser Verrichtung, bey welcher er von unsern/ oder eines andern wegen/ Geld/ Korn/ Holtz/ Getreyde/ und anderes/ einzunehmen/ zu verwahren/ und zu administriren hat/ verordnet,

und deßhalber in Pflicht genommen. Ubi quidem parum refert, an immediate principi, an alii, v. g. municipio, seu civitati, aut senatui oppidano, officio publico, & juramento ejus nomine præstito, sit obstrictus: Et hoc est quod additur: so zu einem Amte und gewisser Verrichtung/ bey welcher er von unsern/ oder eines andern wegen, Geld oder anders zu verwahren/ oder zu administriren hat/ verordnet/ und deßhalber in Pflicht genommen, quod sane ad privatorum contractus quoscunque privatos, quibus alter alteri rerum suarum custodiam vel administrationem solo contractu mandat, vel opus perficiendum locat, applicari nullo modo potest. Nec contrarium inde evincitur, quod Rex Potentissimus conqueratur: daß so wohl den Cammer-Steuer und andern Cassen/ als *Privatis*, viel tonnen Goldes veruntrauet worden/ nec non prohibeat omnem pœnæ laquei vel fustigationis remissionem, wenn auch gleich die Königlichen Cassen/ oder die *Privati*, so bestohlen worden/ ihre Wiedervergnügung erlangen: Cum enim, uti dictum, solos in officio publico constitutos, & jurejurando eo nomine adstrictos, Constitutio utraque concernat: de subditis, aliisque privatis, qui ab officialibus istis contra fidem officii & juramenti sui læduntur, dicta verba manifeste satis intelligenda sunt, quando scilicet, uti sunt ipsius Constitutionis verba: ein Beamter/ Steuer- oder Accis-Einnehmer ꝛc. von den Leuten mehr an Zinsen/ Schulden/ Lehnwahr/ und dergleichen einnimmet/ denn er berechnet/ im Verkauffen und Kauffen/ Verleyhen und Ausmessen/

 un-

unrechten Scheffel und Maaß gebrauchet/ ꝛc. Sic etiam patet vera & justa tanti in punienda hac furti, quantumvis extraordinarii, specie, rigoris ratio, quæ, judice BERGERO *Elect. Jurispr. Crim. pag. 50.* est criminum in hoc tali facinore concursus, puta, furti, perjurii, falsi, perfidiæ, peculatus; qui contra in administratoribus aut depositariis perfidis privatis haud occurrit.

§. XX.

Restat, ut exemplo uno atque altero rem illustremus. Dederat mercator opifici materias crudas, sexaginta Imperialium pretio æstimatas, ut ipsi inde conficeret opus, (46. Stück fein Garn/ und 1. ℔. 24. Loth Aurora Seyde/ zusammen 60. Rthl. werth/ um daraus seine Baracan zufertigen) Opifex materias illas vel merces contrectaverat, vendiderat, & in proprios usus verterat. Mercator, partim legibus Civilibus, partim Constitutionibus Saxonicis hactenus allegatis, partim Constitutione Criminali Carolina art: 170. nixus, furtum id esse ratus, denuntiando facinus deferebat ad judicem, ut ille procederet ex officio, & petebat, ut reus puniretur secundum *Const. 41. part. 4.* & actori merces, vel earum æstimatio, adjudicarentur. Judex officii sui (secundum *Ord. Proc. Sax. Recogn. Tit. V. §. 1.* ubi vitia libelli & petiti corrigere jubetur) memor, citationes emiserat ad partes, & reo litis contestationem injunxerat. Actor pridie termini præfixi, literis ad judicem datis, declarabat, noluisse se actionem civilem, sed factum denuntiasse, ut judex inquireret ex officio. Cumque in termino non compareret, & reus com-

comparens ejus contumaciam accusaret, pronuntiavit Facultas Juridica Lipsiensis: daß Kläger die Unkosten des Termins Beklagten abzustatten/ und seine fol. 1. angestellte Klage/ binnen Sächsischer Frist/ bey deren Verlust/ und daß er damit ferner nicht gehöret werden solle/ fortzustellen schuldig. *Mens. Jun. 1728.* quæ ipsa sententia, rejecta appellatione interposita, á Summo Appellationum Senatu Dresdensi confirmata est. Sane hic ne quidem ad furtum, cujus actor reum arguebat, respectum fuit: tantum abest, ut pro ea, de qua Constitutiones Saxocæ hactenus allegatæ loquuntur, specie furti, pœnis in dictis Constitutionibus statutis extraordinariis subjecti, habitum fuerit: licet id actor & in denuntiatione sua, & in literis ad judicem datis, & in appellationis schedula, perpetuo & unice urgeret, causam interserens favorem commerciorum, & imprimis fabricarum, ad quarum incrementum multum conducturum, ajebat, si furtivæ opificum contrectationes materiarum aut mercium ipsis concreditarum pœna publica coërcerentur.

§. XXI.

Majoris momenti casus intuitu institoris, qui domino seu exercitori negotiationis seu tabernæ, ex mercibus, pecuniis, & rationibus, fidei & administrationi suæ commissis, ultra duodecim millia thalerorum furtive subduxerat & mala fide consumserat, ventilatus fuit. Ubi primo quidem quæsitum est, cum reus salarii loco quotam ex lucro perciperet, imo conventum

esset, ut reus loco certæ quantitatis, juxta operas suas in negotiationem communem inferendæ, ejus quantitatis usuras quotannis inferre in negotiationis communis rationes teneretur, utrum pro institore, annon potius pro socio haberi debeat? & si pro socio, an socii perfidia in negotiatione communi pro furto sit habenda, & annon potius socius socio actione pro socio civili tantummodo teneatur? Respondit Facultas Juridica Wittenbergensis anno 1704. sive institor sit, sive socius, unum idemque Juris esse, cum & socius in re communi furtum faciat, *l. 45. ff. pro Socio l. 45. ff. de furt.* Cumque quantitas furtive subversa sit prægrandis, & reus indiciis sufficienter gravatus: hunc ad inquisitionem & pœnam recte pertrahi. Differt itaque hic casus â præcedente, quod in præcedente persecutio, quæ petebatur, criminalis plane rejecta, in hoc vero casu utique asserta fuerit. Nam utut in utroque furtum, improprium tamen & extraordinarium, Germanorum Jure pœna extraordinaria puniendum, subsit: priori tamen casu quantitas rerum subversarum non adeo grandis, posteriori vero prægrandis utique erat: priori casu reus nullis præter solam actoris assertionem, indiciis gravatus erat, & corpus delicti deerat; posteriori utrumque secus se habebat. Furtum vero, quod posteriori potissimum casu subfuit, extraordinarium saltem esse, pœna saltem extraordinaria coërcendum, non obscure verba ipsius Responsi innuunt: Dann im gegenwärtigen Fall um desto

weniger zu zweifeln / (quod persecutio criminalis locum habeat) als Sempronii Unterschlag sich auf ein sehr hohes erstrecket / so wohl diessfals ein richtiges Corpus delicti, und gnungsame indicia vorhanden / und daß / auch extra Saxoniam, Procuratores, Institores und dergleichen Leute / so die ihnen anvertrauete Gelder veruntreuet / und in ihren Nutzen verwendet / poena furti, wiewohl *extraordinaria*, zu belegen / die bewährteste Rechts-Lehrer einmüthig statuiren; So erscheinet daraus allenthalben so viel / daß wieder Sempronium die Hafft und Inquisition allerdings statt habe. V. R. W. Et adhuc clarius JCti Rostochienses in eodem hoc casu consulti, responderunt: Weiln aber doch die Administration der entwendeten Sachen Inquisito anvertrauet worden / da es dann heisset / quod administratio mitiget poenam: Propter admissam enim administrationem hi, quibus ea commissa, non tam invito domino rem contrectare, so doch *pr. J. de Obl. quæ ex delict. l. 12. ff. d. furt.* erfordert / quam perfide agere videntur, *l. 35. ff. d. administr. & peric. tutor.* CARPZOV. *lib. 2. qu. 85.* so halten wir poenam fustigationis vor genung. V. R. W. An vero hoc casu specialis illa Constitutionis Electoralis 41. p. 4. & regiæ d. anno 1705. poena, qua reus convictus, excluso judicis arbitrio, laquei subire supplicium debuisset, locum habitura fuisset, ex eventu illius Inquisitionis discere haud licuit, cum reus defensione sibi concessa, corporis delicti certitudinem labefactaret, plurimaque indicia, quæ ipsum ad torturam gravare videbantur, declinaret, hinc â Scabinis